بحث بعنوان:

(عقد المحاماة على نسبة مشاعة مما يحكم به)

(حكمه، وتكييفه، وأثر فسخه)

أعدَّه

عبد الرحمن بن يوسف اللحيدان

القاضي في المحكمة العامة بمكة المكرمة

ayluhaidan@gmail.com

١٤٤٠هـ

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين أما بعد:

فإن عقود المحاماة من العقود المهمة التي لا تكاد تخلو محكمة من محاكم المملكة من النظر فيها، وعقدٌ بهذه الأهمية ينبغي أن يولى أهمية كبيرة بالبحث والنظر، لا سيما وأن صوره كثيرة لا يكاد يوقف على قاعدة واحدة تجمع جميع صورها، وإن من الصور التي تستحق البحث: (**عقد المحاماة على نسبة مشاعة مما يحكم به**)، وتظهر أهمية بحث هذه المسألة من ثلاث جهات:

الأولى: اشتهار هذه الصيغة وكثرة التعاقد بها بين المحامين وعملائهم.

الثانية: أن الذي يظهر للناظر في هذه الصورة أنها داخلة في عقد الجعالة، إلا أنه يشكل عليه ما اشترطه الفقهاء من كون الجُعل معلوماً، فالنسبة المشاعة من مبلغ مجهول لا تجعل الجُعل معلوماً، ومن هنا تأتي أهمية بحث هذه المسألة.

الثالثة: أني قد اطلعت على عدد من المشاركات في تكييف عقد المحاماة بعامة فوجدت تكييفهم لا يخرج عن أربع تكييفات: أنه إجارة، أو جعالة، أو وكالة (تبرع)، أو سلم في المنافع، ولم أجد منهم من كيَّف هذا العقد بما كيَّفه به الحنابلة كما سيأتي.

لذا فقد عزمت أن أبحث هذه المسألة وأجمع فيها ما تيسر لي الوقوف عليه، مبيِّناً صورة المسألة وخلاف الفقهاء فيها مع بيان الأدلة والإيرادات عليها ثم الترجيح، واللهَ أسأل أن يجعل عملي خالصاً متقبلا، والحمد لله أولاً وآخراً.

❖ تمهيد:

لا يخفى أن عقد المحاماة له صور، وتكييفه بأنه جعالة في كل صوره أو أنه عقد إجارة في كل صوره فيه نظر بالغ، فإذا كان العمل محل التعاقد معلوماً محدداً، وكانت الأجرة معلومة محددة فهو عقد إجارة(١)، وهو بهذا لازم لا يملك واحد من الطرفين فسخه.(٢)

وأما إذا نُص فيه على النتيجة دون تفصيل العمل، ونُص فيه على العِوَض فهو عقد جعالة(٣)، كمن قال: من ردَّ سيارتي المسروقة فله خمسة آلاف ريال، فالعمل الذي هو الرد غير معلوم ولا محدد، فقد يجدها في نفس اليوم وقد يجدها بعد أيام، وقد يجدها في نفس المدينة، وقد يجدها في مدينة أخرى، وعقد الجعالة جائز من الطرفين(٤)، فلكل واحد من الطرفين الفسخ قبل الشروع في العمل وبعده(٥)، فإن كان الفسخ من المجعول له فلا شيء له بدأ في العمل أم لم يبدأ، وإن كان الفسخ من الجاعل فللمجعول له أجرة مثله إن كان بدأ في العمل.(٦)

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع ط دار الكتب العلمية (١٧٤/٤)، والتاج والإكليل ط دار الكتب العلمية (٤٩٣/٧)، وأسنى المطالب ط دار الكتاب الإسلامي (٤٠٣/٣)، وكشاف القناع ط دار الفكر (٥٤٦/٣).

(٢) بل نَقل الإجماع على كون العقد لازماً جمع من الفقهاء منهم ابن تيمية كما في مجموع الفتاوى ط مجمع الملك فهد لطباعة المصحف (١٦٥/٣٠)، ولم يخالف في ذلك إلا شريح القاضي نقل ذلك عنه: السرخسي كما في المبسوط ط دار المعرفة (٢/١٦)، والشافعي كما في الأم ط دار المعرفة (٣١/٤)، وقد انعقد الإجماع قبل شريح كما ذكر ذلك ابن تيمية في مجموع الفتاوى ط مجمع الملك فهد لطباعة المصحف (٢١٨/٣٠) وينظر: موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي ط دار الفضيلة (٧١٢/٢).

(٣) ينظر: شرح حدود ابن عرفة ط المكتبة العلمية (ص٤٠١)، ومغني المحتاج ط دار الكتب العلمية (٦١٧/٣)، وشرح المنتهى ط عالم الكتب (٣٧٢/٢).

(٤) ينظر: شرح مختصر خليل للخرشي ط دار الفكر (٦٥/٧)، والبيان في مذهب الإمام الشافعي للعمراني ط دار المنهاج (٤٠٧/٧)، وشرح المنتهى ط عالم الكتب (٣٧٢/٢).

(٥) خلافاً للمالكية.

(٦) ينظر: أسنى المطالب ط دار الكتاب الإسلامي (٤٤٢/٢)، كشاف القناع ط دار الفكر (٢٠٦/٤)، ويذهب المالكية إلى أن عقد الجعالة جائز في حق المجعول له مطلقاً سواء بدأ العمل أم لم يبدأه، أما في حق الجاعل: فإن خياره يسقط ببدء المجعول له=

وإذا كان المحامي متبرعاً بعمله، فعمل دون مقابل فالعقد وكالة، وهو متبرع بهذا العمل.

وكُيِّف بعض صور عقود المحاماة بأنه عقد سلم على المنافع، وفيه نظر؛ لأن المسلَم فيه لا بد أن يكون موصوفاً في الذمة لا معيناً.(١)

وأرى أن هذه الصور واضحة لا تحتاج إلى مزيد بيان، لذا فإني سأقصر الكلام في هذه الورقات على صورة واحدة فقط وهي:

إذا نص على النتيجة، ولم ينص على العمل، وجعل المحامي لنفسه نسبة مشاعة من مجموع ما يحكم له، ولم يبينوا قدره عند التعاقد.

❖ صورة المسألة:

أن يخبر عبدُ الله محامياً بأن له في ذمة عدد من الأشخاص مبالغ كبيرة، ويطلب منه رفع دعاوى على المدينين، فيشترط المحامي أن له على كل قضية يحكم له بها ٥٠٪ خمسين في المئة، أو يشترط أن له ٥٠٪ خمسين في المئة من مجموع ما يحكم له به.

❖ الخلاف في المسألة:

اختلف أهل العلم في هذه المسألة على قولين:

=ويلزم العقد في حقه، ينظر: شرح مختصر خليل للخرشي ط دار الفكر (٦٥/٧).

(١) ينظر: مناهج التحصيل ط دار ابن حزم (٩٣/٦)، والبيان في مذهب الإمام الشافعي ط دار المنهاج (٤٠٢/٥)، ودقائق أولي النهى ط عالم الكتب (٢٥١/٢-٢٥٢)، وقد نقل الإجماع على أن السلم لا يكون في معيَّنٍ وإنما يصح في الموصوفات في الذمة، ينظر: موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي ط دار الفضيلة (٦٣٦/٢)، ونقل الإجماع فيما ذكروا: الطبري، وابن المنذر، وابن عبدالبر وغيرهم.

- **القول الأول:**

أن هذا العقد لا يصح، وبهذا قال الحنفية[١]، والشافعية[٢].

واختلف القائلون بهذا القول في تكييفهم للعقد الوارد في الصورة -محل البحث- على مذهبين:

المذهب الأول: أنه عقد إجارة فاسد، وبهذا قال الحنفية.[٣]

المذهب الثاني: أنه عقد جعالة فاسد، وبهذا قال الشافعية.[٤]

ووجه حكمهم بعدم صحة العقد: أن العوض في هذه الصورة مجهول.

واستثنى الشافعية مسألة واحدة وهي مسألة: (العلج)، وصورتها: أن يحتاج المسلمون إلى من يدلهم من الكفار على عورات حصون المشركين على أن له جارية مما يغنمون منها مبهمة[٥]، وشرطوا لذلك أمرين: الأول: أن يحتاج المسلمون إلى ذلك. الثاني: أن يكون الدالُّ كافراً.[٦]

- **أدلة أصحاب القول الأول:**

رأى أصحاب القول الأول -من الحنفية والشافعية- أن عدم صحة هذه الصورة

---

(١) ينظر: المبسوط للسرخسي ط دار المعرفة (٤٨/١٤)، والمحيط البرهاني ط دار الكتب العلمية (٢٧٢/٧-٢٧٣)، ورد المحتار ط دار الفكر (٥٧/٦).

(٢) ينظر: أسنى المطالب ط دار الكتاب الإسلامي (٤٤١/٢).

(٣) ينظر: المبسوط للسرخسي ط دار المعرفة (٤٨/١٤)، والمحيط البرهاني ط دار الكتب العلمية (٢٧٢/٧-٢٧٣)، ورد المحتار ط دار الفكر (٥٧/٦).

(٤) ينظر: أسنى المطالب ط دار الكتاب الإسلامي (٤٤١/٢).

(٥) ينظر: قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام ط مكتبة القاهرة (١٤٥/٢)، ونهاية المحتاج ط دار الفكر (٨٣/٨).

(٦) ينظر: أسنى المطالب ط دار الكتاب الإسلامي (٢٠٦/٤)، ومغني المحتاج ط دار الكتب العلمية (٥٦/٦).

راجع إلى: الجهالة بالعوض، والخطر، وكونه أعني المحامي -وشبهه- مستأجَراً ببعض ما يخرج من عمله، ويستدلون بأدلة:

الدليل الأول: عن أبي هريرة -رضي الله عنه- أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر.[١]

وجه الدلالة:

أن الغرر: "الخطر الذي لا يدرى أيكون أم لا" كما عرَّفه ابن فارس من أهل اللغة[٢]، ويطلق كذلك على البيوع المجهولة أو ما جُهِل فيها أحد الثمنين كما عرَّفه بذلك الأصمعي فيما نقله عنه الأزهري[٣]، وهذه الصورة -محل البحث- مشتملة على الجهالة فإن طرفي العقد لا يدريان عن قدر العوض، كما أنه مشتمل على الخطر من جهة أنه يحتمل حصول العوض ويحتمل ألا يحصل[٤].

ونوقش من وجهين:

الأول: أنه لا يسلَّم وجود الغرر، فإن -الجُعل أو الأجرة- معلوم قدرها بالنسبة المشاعة، وهو كافٍ في رفع الجهالة، إذ أن مآلها إلى العلم.[٥]

الثاني: -على سبيل التسليم بوجود الغرر-: فهو غرر يسير، وقد نقل الإجماع على أن الغرر اليسير معفو عنه.[٦]

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه/ كتاب البيوع/ باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي في غرر برقم (١٥١٣) (١١٥٣/٣) ط دار إحياء التراث.

(٢) مقاييس اللغة ط دار الفكر (٣٨١/٤).

(٣) ينظر: تهذيب اللغة دار إحياء التراث (١٩/٨).

(٤) ينظر: المبسوط للسرخسي ط دار المعرفة (٤٨/١٤).

(٥) ينظر: البيان والتحصيل لابن رشد ط دار الغرب (٥٠٨/٨)، وشرح الخرشي على مختصر خليل ط دار الفكر (١٠/٧)، والتاج والإكليل ط دار الكتب العلمية (٥٩٥/٧-٥٩٦).

(٦) ينظر: الاستذكار دار الكتب العلمية (٣٣٨/٦)، والمنتقى للباجي ط السعادة (٤١/٥)، والإقناع في مسائل الإجماع ط الفاروق (٢٢٢/٢)، والمعلم بفوائد مسلم ط المؤسسة الوطنية (٢٤٤/٢)، والقبس شرح الموطأ دار الغرب (ص٨١٤)،والمجموع للنووي دار الفكر (٢٥٨/٩)، والفروق ط عالم الكتب -بيروت (٢٦٥/٣)، بداية المجتهد دار الحديث (١٧٣/٣)، وينظر مناقشة =

الدليل الثاني: ما روى سفيان الثوري عن هشامٍ أبي كليب عن ابن أبي نَعم عن أبي سعيد الخدري -رضي الله عنه-: أن رسول الله ﷺ نهى عن عسب الفحل وقَفِيز الطحان.[١]

ومحل الشاهد من الحديث قوله: **(وقفيز الطحان)**، قال ابن الأثير في معنى قفيز الطحان: "هو أن يستأجر رجلاً ليطحن له حنطة معلومة بقَفِيز من دقيقها"[٢]، والقَفِيْزُ: ثمانية مكاكيك -عند أهل العراق-، والمكوك: صاع ونصف[٣].

ووجه الدلالة:

أن النبي ﷺ نهى عن استئجار الطحَّان بقَفِيز من الطحين، وهذه الصورة -محل البحث- داخلة في هذا الحديث، لأن العوض مستحَق من محل المعاوضة[٤]، والطحَّان -ونحوه- يستحق العوض من عمله، والمعنى في ذلك: أن الطحان ونحوه: جُعل له بعض معموله أجراً لعمله، فيصير الطحن مستحقاً له عليه.[٥]

نوقش:

بأن أهل العلم ضعفوا هذا الحديث لجهالة شيخ سفيان الثوري[٦]، فإن هذا الحديث

=هذا الدليل في شرح مختصر خليل للخرشي ط دار الفكر (١٠/٧)، والتاج والإكليل ط دار الكتب العلمية (٥٩٦/٧).

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف/ كتاب البيوع والأقضية/ باب عسب الفحل برقم (٢٢٦٤١) ط مكتبة الرشد (٥١١/٤)، وأخرجه النسائي في الكبرى/ كتاب المزارعة/ باب عسب الفحل برقم (٤٦٧٦) (٤٢٦/٤) ط الرسالة، وأخرجه أبو يعلى في مسنده/ من مسند أبي سعيد الخدري برقم (١٠٢٤) (٣٠١/٢) ط دار المأمون، وأخرجه الدارقطني في سننه ط مؤسسة الرسالة / كتاب البيوع برقم (٢٩٨٥) (٤٦٨/٣)، وأخرجه من طريقه البيهقي في السنن الكبرى/ جماع أبواب الخراج بالضمان والرد بالعيوب وغير ذلك/ باب النهي عن عسب الفحل برقم (١٠٨٥٤) (٥٥٤/٥).

(٢) النهاية في غريب الحديث ط المكتبة العلمية (٩٠/٤).

(٣) ينظر: معالم السنن للخطابي ط المطبعة العلمية بحلب (١٤/٢)، وينظر: شرح السنة للبغوي ط المكتب الإسلامي (١٧٨/١١).

(٤) ينظر: نهاية المطلب ط دار المنهاج (١٩٧/٨)، وفتح العزيز بشرح الوجيز ط دار الفكر (٢١٤/١٢)، والهداية في شرح بداية المبتدي ط دار إحياء التراث (٢٤٠/٣).

(٥) ينظر: أسنى المطالب ط دار الكتاب الإسلامي (٤٠٥/٢)، وحكاه ابن قدامه عن ابن عقيل كما في المغني ط مكتبة القاهرة (٩/٥).

(٦) ينظر: البدر المنير ط دار الهجرة (٤٠/٧) حيث قال ابن الملقن: معلول، لأن شيخ سفيان هشام أبو كليب لا يعرف، وقال الذهبي في ميزان الاعتدال ط دار المعرفة (٣٠٦/٤) بعد أن أورد الحديث: "هذا منكر، ورجُله لا يعرف".

مداره عليه، وقد رواه عن هشامٍ أبي كليب، وهو مجهول العين، لم يروِ عنه سوى سفيان الثوري[١]، ولم يوثِّقه غير ابن حبان[٢]، وابن حبان يتوسع في توثيق المجهولين، فلا يؤثر توثيقه شيئاً[٣]، بل قال ابن تيمية عن هذا الحديث: موضوع، ونقل إجماع أهل العلم بالحديث بأنه كذب على رسول الله ﷺ[٤].

وأجيب عنها من وجهين:

الوجه الأول: أما القول بجهالة هشام فليس ذلك بمسلَّم، فإن هشاماً أبا كليب ليس بمجهول، فقد روى عنه الإمام سفيان الثوري، ووثقه غير ابن حبان، فإن عبد الله بن أحمد ابن حنبل سأل أباه عنه فقال: "روى عنه الثوري، ثقة"[٥]، ورواية الثقة عن الراوي ترفع عنه الجهالة عند جماعة من أهل العلم[٦]، فكيف إذا كان إماماً، فسفيان الثوري إمام فإذا روى عن راوٍ مجهول ارتفعت جهالته، قال ابن رجب في شرحه لعلل الترمذي[٧]: "قال أحمد -في رواية الأثرم- إذا روى الحديث عبد الرحمن بن مهدي عن رجل فهو حجة".

الوجه الثاني في الجواب عن هذه المناقشة: أن هذا الحديث قد روي من طريق آخر غير طريق هشام، فقد رواه الطحاوي في شرح مشكل الآثار[٨] عن أبي يوسف القاضي

---

(١) ينظر: التاريخ الكبير للبخاري ط دائرة المعارف العثمانية (١٩٦/٨)، وميزان الاعتدال ط دار المعرفة (٣٠٦/٤).

(٢) ينظر: الثقات لابن حبان ط دائرة المعارف العثمانية (٥٦٨/٧).

(٣) ينظر: التنكيل للمعلمي ط المكتب الإسلامي (٨٢٧/٢).

(٤) ذكر ابن تيمية جملة من الأحاديث في منهاج السنة ت محمد رشاد سالم (٤٣٠/٧) ومن جملتها هذا الحديث ثم قال: "إلى أمثال ذلك من الأحاديث التي يصدق بعضها طائفة من الفقهاء ويبنون عليها الحلال والحرام، وأهل العلم بالحديث متفقون على أنها كذب على رسول الله ﷺ موضوعة عليه، وكذلك أهل العلم من الفقهاء يعلمون ذلك" ا.هـ ونقل ابن القيم في إغاثة اللهفان ط دار عالم الفوائد (٤٤/٢) حكمه على الحديث بالوضع.

(٥) العلل ومعرفة الرجال ط دار الخاني (٥٠٨/٢).

(٦) ينظر: شرح علل الترمذي لابن رجب ط مكتبة الرشد (٣٧٦/١).

(٧) شرح علل الترمذي ط مكتبة الرشد (٣٧٧/١).

(٨) شرح مشكل الآثار ط الرسالة/ باب بيان مشكل ما روي عنه عليه السلام من نهيه عن قفيز الطحان برقم (٧٠٩) (١٨٦/٢).

عن عطاء بن السائب عن ابن أبي نعم عن بعض أصحاب النبي ﷺ به، وذكر الحافظ ابن حجر في المطالب العالية أن مسدداً رواه في مسنده من طريق خالد بن عبد الله الواسطي عن عطاء به، ثم قال وهو مرسل حسن(١)، وبهذا يندفع الإشكال الوارد في تضعيف هذا الحديث.

واعترض عليه من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول فيما يتعلق بتوثيق هشام أبي كليب برواية سفيان عنه: فإن هذا مقيَّد بما إذا كان الراوي لا يروي إلا عن ثقة، وقد قال ابن رجب قبيل الكلام المذكور: "والمنصوص عن أحمد يدل على أنه من عُرف منه أنه لا يروي إلا عن ثقة =فروايته عن إنسان تعديل له، ومن لم يُعرف منه ذلك فليس تعديل، وصرَّح بذلك طائفة من المحققين من أصحابنا -يعني الحنابلة- وأصحاب الشافعي"(٢).

وقال أبو زرعة الرازي في خصوص رواية سفيان: "كان الثوري يذكر الرواية عن الرجل على الإنكار والتعجب، فيعلقون عنه روايته، ولم تكن روايته عن الكلبي قبولَه له"(٣)، وعليه فلا يطابق سفيان هذا الوصف، فهو يروي عن غير الثقة على التعجب كما قال أبو زرعة، فلا يستند على روايته في التعديل.

وأما توثيق الإمام أحمد: فليس هو لهشام أبي كليب الراوي لهذا الحديث، وإنما هو لغيره، وقد اختلف أهل الحديث في هشام هذا هل هو ابن عائذ الثقة، أم أنه غيره، فكلاهما يروي عن ابن أبي نعم، وقد روى سفيان عن كليهما، ولكن ظاهر صنيع الأئمة أنهما رجلان مختلفان: فإن الإمام البخاري ترجم له في التاريخ الكبير فذكره ولم ينسبه

(١) ينظر: المطالب العالية ط دار العاصمة (٣١٣/٧).

(٢) شرح علل الترمذي ط مكتبة الرشد (٣٧٦/١-٣٧٧).

(٣) الجرح والتعديل لابن أبي حاتم ط دائرة المعارف العثمانية (٣٦/٢)، وينظر: شرح علل الترمذي لابن رجب ط مكتبة الرشد (٣٨١/١).

(هشام أبو كليب)، ثم ترجم لهشام بن عائذ[١]، وكذلك صنع ابن أبي حاتم في الجرح والتعديل[٢]، وابن حبان في الثقات[٣]، وعرَّف الذهبي بابن عائذ في الكاشف ووثقه، وتكلم عن أبي كليب في ميزان الاعتدال فقال: "لا يعرف"[٤]، ونقله عن الذهبي: ابن حجر في التلخيص الحبير، وذكر أن ابن القطان قال ذلك كذلك[٥]، فصنيع الأئمة ظاهر في أنهما متغايران وليسا رجلاً واحداً.

الوجه الثاني في الجواب: أن هذين الإسنادين المذكورين اللذين روى أحدهما الطحاوي وروى الآخر مسدد= ضعيفان، ففيهما **ثلاثة علل**:

العلة الأولى: أن الراوي عن عطاء في رواية الطحاوي هو أبو يوسف القاضي -صاحب أبي حنيفة- وهو على إمامته في الفقه ضعيف الرواية لكثرة الخطأ في حديثه على ما قرره أهل الحديث.[٦]

العلة الثانية: أنه قد رواه عن أبي يوسف رجلان: **الأول**: هلال بن يحي بن مسلم، ويسمى (هلال الرأي)[٧]، وقد ضعفه الذهبي وغيره من أهل العلم[٨]، **والثاني**: شعيب بن

---

(١) التاريخ الكبير ط دائرة المعارف العثمانية ١٩٦/٨، وترجمة ابن عائذ في (١٩٩/٨).

(٢) ينظر: الجرح والتعديل ط دائرة المعارف العثمانية ترجم أولاً لابن عائذ (٦٤/٩)، ثم ترجم لأبي كليب مبهماً غير منسوب (٦٨/٩).

(٣) ينظر: الثقات ط دائرة المعارف العثمانية ترجم لأبي كليب مبهماً غير منسوب (٥٦٨/٧)، ثم ترجم لابن عائذ (٥٧٠/٧).

(٤) ينظر: الكاشف ط دار المعرفة (٣٣٦/٢)، وميزان الاعتدال ط دار المعرفة (٣٠٦/٣).

(٥) التلخيص الحبير ط قرطبة (١٣٣/٣).

(٦) فقد قال عنه الإمام البخاري: "تركه يحي وعبد الرحمن -يعني ابن مهدي- ووكيع" ينظر: الضعفاء الصغير ط مكتبة ابن عباس ص١٤٣، والتاريخ الكبير ط دائرة المعارف العثمانية (٣٩٧/٨) قال فيه: "تركوه"، وينظر كذلك: الضعفاء الكبير للعقيلي ط دار الكتب العلمية (٤٣٨/٤).

(٧) أخرج هذه الرواية الطحاوي في شرح مشكل الآثار ط الرسالة/ باب بيان مشكل ما روي عنه عليه السلام من نهيه عن قفيز الطحان برقم (٧٠٩) (١٨٦/٢).

(٨) ينظر: المجروحين لابن حبان ط دار الوعي (٨٧/٣-٨٨)، والضعفاء والمتروكون لابن الجوزي ط دار الكتب العلمية (١٧٨/٣).

سليمان الكيساني: وهو مجهول[١]، كما اختلف على عطاء في وصله وإرساله، فمرة روي عن ابن أبي نعم عن بعض أصحاب النبي ﷺ، ومرة روي عن عطاء عن بعض أصحاب النبي ﷺ.[٢]

العلة الثالثة: أن الرواية التي حسنها ابن حجر من رواية مسدد عن خالد بن عبدالله الواسطي عن عطاء، وعطاء ممن اختلط بأخرة، وخالد ممن سمع من عطاء بعد الاختلاط كما ذكر ذلك البخاري في التاريخ الكبير[٣]، وعليه فإن في تحسين هذه الرواية نظراً، ولا يصح الاستناد على هذه الرواية وجعلها مقوية للرواية الأخرى.

وبهذا يتبين ضعف الحديث: ولأجل ذلك والله اعلم حكم ابن تيمية -رحمه الله- وغيره ببطلان هذا الحديث[٤]،بل حكم بأنه موضوع.[٥]

الوجه الثالث في الجواب عن هذا الاستدلال بهذا الحديث: بأنه يمكن حمل هذا الحديث على معانٍ أخرى، فقد حمل أهل العلم هذا الحديث على أوجهٍ أخرى، وبيَّنوا وجه المنع منها:

أ- فقيل هو: أن يسمي له قفيزاً لا جزء مشاعاً[٦]، والعلة في المنع من هذه الصورة: أنه لا يدرى كم الباقي بعده؛ فتكون المنفعة مجهولة كأنه استأجره لطحن

---

(١) ذكره ابن يونس في تاريخ الغرباء من تاريخه ط دار الكتب العلمية (١٠١/٢).

(٢) شرح مشكل الآثار ط الرسالة/ باب بيان مشكل ما روي عنه عليه السلام من نهيه عن قفيز الطحان برقم (٧١٠) (١٨٦/٢).

(٣) ينظر: التاريخ الكبير ط دائرة المعارف العثمانية (١٦٠/٣).

(٤) ينظر: مجموع الفتاوى ط مجمع الملك فهد لطباعة المصحف (٦٣/١٨)، والمغني لابن قدامه ط مكتبة القاهرة (٩/٥)، وإعلام الموقعين ط دار ابن الجوزي (١٦٣/٤).

(٥) ذكر ابن تيمية جملة من الأحاديث في منهاج السنة ت محمد رشاد سالم (٤٣٠/٧) ومن جملتها هذا الحديث ثم قال: "إلى أمثال ذلك من الأحاديث التي يصدق بعضها طائفة من الفقهاء ويبنون عليها الحلال والحرام، وأهل العلم بالحديث متفقون على أنها كذب على رسول الله ﷺ موضوعة عليه، وكذلك أهل العلم من الفقهاء يعلمون ذلك" ا.هـ ونقل ابن القيم في إغاثة اللهفان ط دار عالم الفوائد (٤٤/٢) حكمه على الحديث بالوضع.

(٦) ينظر: كشاف القناع ط دار الكتب العلمية (٥٢٥/٣)، ومجموع الفتاوى ط مجمع الملك فهد لطباعة المصحف (١١٣/٣٠).

مجهول القدر.(١)

ب- وقيل: أن المنهي عنه: طحن الصبرة التي لا يعلم كيلها بقفيز منها؛ لأن ما عداه مجهول، فهو كبيعها إلا قفيزاً منها، فأما إذا كانت معلومة القدر فقال: اطحن هذه العشرة بقفيز منها صحَّ سواء أكان القفيز حباً أم دقيقاً.(٢)

ت- وقيل: هو أن يقول: اطحن بكذا وكذا وزيادة قفيز من نفس الطحين، وبهذا فسره ابن المبارك أحد رجال سند الحديث(٣)، والصورة على تفسيره: أن يقول اطحن لي هذه الحنطة بعشرة ريالات وقفيز من نفس الطحين، والعلة في النهي عن هذه الصورة: الجهالة بالعوض إن حُملت على المعاوضة، وإن حُملت على المشاركة: فيكون من ضمان دراهم أو آصع معلومة للعامل في المزارعة وهذا يفسد المزارعة ونحوها(٤).

الدليل الثالث: حديث رافع بن خديج: أن النبي ﷺ مرَّ على حائط فقال: **((لمن هذا))** قلت: لي، قال: **((من أين هو لك؟))** قلت: استأجرته، قال: **((لا تستأجره بشيء منه))**.(٥)

وجه الدلالة:

أن النبي ﷺ نهى رافعاً عن أن يستأجر الحائط بشيء منه، وكذا الحكم في كل

---

(١) ينظر: دقائق أولي النهى ط عالم الكتب (٢/٢٢٨)، وحاشية ابن قائد على المنتهى ط مؤسسة الرسالة (٣/٧٣).

(٢) إغاثة اللهفان ط دار عالم الفوائد (٢/٧٢٨) مختصراً، وينظر: شرح المنتهى ط عالم الكتب (٢/٢٢٨)، ونيل الأوطار ط دار الحديث (٥/٣٤٩)، وبداية المجتهد ط دار الحديث (٤/١٠).

(٣) ينظر: تهذيب اللغة للأزهري ط دار إحياء التراث (٨/٣٣١)، وبهذا فسره البغوي في شرح السنة ط المكتب الإسلامي (٨/٢٦٣).

(٤) ينظر: كشاف القناع ط دار الكتب العلمية (٣/٥٣٥-٥٣٦).

(٥) أخرجه أبو يوسف -صاحب أبي حنيفة- في الآثار ط دار الكتب العلمية/ باب في المزارعة برقم (٨٥٩) (ص١٨٩) من طريق أبي حنيفة عن أبي حصين عن ابن رافع بن خديج عن أبيه به، وأخرجه من طريقه الطبراني في المعجم الكبير ط مكتبة ابن تيمية (٤/٢٦٣).

معاوضة تخرج من محل المعاوضة.[١]

نوقش:

بأن هذا الحديث يرويه أبو يوسف القاضي -صاحب أبي حنيفة- عن شيخه أبي حنيفة، وهما -مع إمامتهما في الفقه- ضعيفان في رواية الحديث[٢]، فلا يصح الاستدلال بهذا الحديث.

الدليل الرابع: أن العوض -في الصورة محل البحث- معدوم حقيقة، وليس له حكم الوجود، فلا يثبت ذلك في الذمة، لأنه إنما يجب في الذمة ما له وجود في العالم، والبدل في المعاملات يجب أن يكون موجوداً حقيقة.[٣]

نوقش:

بأن ذلك غير مسلَّم، فإنكم تجوزون عقد السلم مع كونه معاوضة على معدوم، وصحَّ ثبوتها في الذمة عندكم.

الدليل الخامس: يمكن أن يستدل لهم: بأن القول بصحة هذا العقد يؤدي بالمتعاقدين إلى المخاصمة والاختلاف لجهالة ما سيصيران إليه، وهذا مؤدٍ إلى إيغار الصدور على

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع ط دار الكتب العلمية (١٧٤/٤).

(٢) أبو حنيفة النعمان بن ثابت الإمام الفقيه وإليه ينسب المذهب المشهور، وصاحبه أبو يوسف القاضي يعقوب بن إبراهيم، وهما فقيهان لا يشك في فقههما، ولكنهما ضعيفان في الحديث، أما أبو حنيفة فقد كثر خطؤه في الحديث حتى غلب على صوابه كما قال ابن حبان في المجروحين وسيأتي، ينظر: الطبقات لابن سعد ط دار الكتب العلمية (٣٣٣/٧)، والضعفاء الصغير للإمام البخاري ط مكتبة ابن عباس (ص١٣٢)، والكنى والأسماء للإمام مسلم ط عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية (٢٧٦/١)، والجرح والتعديل لابن أبي حاتم ط دار إحياء التراث (٤٤٩/٨)، وابن حبان في المجروحين ط دار الوعي (٦٣/٣)، وابن عدي في الكامل في الضعفاء ط دار الكتب العلمية (٢٣٦/٨)، ولمَّا ذكر العلامة المعلمي تضعيف أبي حنيفة في التنكيل ط المكتب الإسلامي (٥٨٥/٢) قال: "والكلام في أبي حنيفة أشهر من أن نحتاج إلى ذكره" ا.هـ وقد تقدم بيان تضعيف أبي يوسف القاضي في (ص١٠).

(٣) المحيط البرهاني ط دار الكتب العلمية (٤٧٢/٧) بتصرف يسير.

بعضهم، وقد قال النبي ﷺ: ((**لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه**))[١].

نوقش من وجهين:

الوجه الأول: بعدم التسليم بجهالة العوض، فإن مآله إلى العلم.

الوجه الثاني: أن "قاعدة العدل في المعاوضات أن يستوي المتعاقدان في الرجاء والخوف، وهذا حاصل في المزارعة والمساقاة والمضاربة وسائر هذه الصور الملحقة بها، فإن المنفعة إذا سَلِمت سَلِمت لهما، وإن تَلِفَت تَلِفَت عليهما، وهذا من أحسن العدل، لأنه في الإجارة يحصل المؤجر على سلامة العوض قطعاً، والمستأجر متردِّدٌ بين سلامة العوض وهلاكه، فهو على الخطر"[٢]، وعليه فإن حمل العقد على المشاركة ونحوها أبعد عن المخاصمة والاختلاف بين المتعاقدين.

- **القول الثاني:**

أن هذا العقد صحيح، وهو مذهب المالكية[٣]، والحنابلة[٤]، واختار هذا القول ابن

(١) أخرجه أحمد في مسنده ط مؤسسة الرسالة/ كتاب أول مسند البصريين/ باب حديث عمرو بن يثربي برقم (٢١٠٨٢) (٥٦٠/٣٤)، ونحوه عن ابن عباس أخرجه البيهقي ط دار الكتب العلمية / كتاب الغصب/ باب لا يملك أحد بالجناية شيئاً جنى عليه (١٦٠/٦)، وصححه الإمام ابن القيم في تهذيب السنن ط مكتبة المعارف (٢٠٠/٧).

(٢) إغاثة اللهفان ط دار عالم الفوائد (٧٢٧/٢) بتقديم وتأخير واختصار اقتضاه سياق الكلام، وقد نص عليه ابن القيم في الفروسية ط دار الأندلس (ص١٧٣)، وقد تكرر نحو هذا الكلام في كلام ابن تيمية -رحمه الله- ينظر: القواعد النورانية ط دار ابن الجوزي (ص٢٣٤)، والفتاوى الكبرى ط دار الكتب العلمية (٦٠/٤).

(٣) ينظر: البيان والتحصيل لابن رشد ط دار الغرب (٥٠٨/٨)، وشرح الخرشي على مختصر خليل ط دار الفكر (١٠/٧)، والتاج والإكليل ط دار الكتب العلمية (٥٩٥/٧-٥٩٦)، قال ابن رشد بعد أن ذكر المسألة: "..فلا اختلاف بينهم في أن ذلك محمول على الجعل، وأن ذلك جائز، إلا على مذهب أشهب، الذي لا يرى المجاعلة على اقتضاء الديون جائزة على حال، وإن سمَّى عددها" ا.هـ، فإن بعض المالكية كأشهب لا يرى جواز أن يتولَّى الرجل اقتضاء الديون مطلقاً علم قدرها أو لم يعلم.

(٤) ينظر: الفروع مع تصحيح الفروع ط الرسالة (١٠٥/٧)، وكشاف القناع ط دار الكتب العلمية (٥٢٥/٣)، وشرح منتهى الإرادات ط عالم الكتب (٢٢٨/٢)، وينظر: الإنصاف مع الشرح الكبير ط دار هجر (١٣٦/١٤-١٣٧). **تنبيه**: لا يشكل على هذا ما حكوه=

تيمية[١]، وابن القيم[٢]، وبهذا أخذت المعايير الشرعية التابعة لهيئة المحاسبة والمراجعة.[٣]

- **توجيه أصحاب القول الثاني:**

لهم في توجيه ما ذهبوا إليه مذهبان:

- **المذهب الأول:**

كيَّفه المالكية بأنه عقد جعالة، وقالوا بأن جَعْل جزء مشاع يُخرِج الجُعل إلى حيز المعلوم[٤]، بهذا قال المالكية، وبه أخذت المعايير الشرعية[٥]، ونقله ابن قدامه احتمالاً في مذهب الإمام أحمد[٦]، ووجهه بعض فقهاء المالكية: بأن الغرر في هذا -على التسليم بوجوده- يسير والعقد غير لازم لواحد منهما فلكل منهما فسخه[٧]، ووجَّه المرداوي من الحنابلة هذا الاحتمال في المذهب: بأن جعل جزء مشاع ليس بمجهول.[٨]

=في الجعالة حيث حكموا بفساد الجعالة مع جهالة الجعل؛ لأن كلامهم هناك عن العوض المجهول العين لا القدر، ويظهر هذا من الأمثلة التي ذكروها.

(١) ينظر: مجموع الفتاوى ط مجمع الملك فهد لطباعة المصحف (٥٠٨/٢٠).

(٢) ينظر: إغاثة اللهفان ط دار عالم الفوائد (٧٢٤/٢-٧٢٦).

(٣) المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة (٤٢٨).

(٤) ينظر: الإنصاف مع الشرح الكبير ط دار هجر (١٦/ ١٦٧) ، والمعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة (ص٤٣٨).

(٥) المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة (٤٢٨).

(٦) ينظر: المغني ط مكتبة القاهرة (٩٤/٦)، والإنصاف مع الشرح الكبير ط دار هجر (١٦٧/١٦-١٦٨).

(٧) ينظر: شرح مختصر خليل للخرشي ط دار الفكر (١٠/٧)، والتاج والإكليل ط دار الكتب العلمية (٥٩٦/٧).

(٨) ينظر: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ط دار هجر (١٦٩/١٦).

- **المذهب الثاني:**

أن هذا العقد ليس من قبيل الجعالة، ولا من قبيل الإجارة، وإنما هو من قبيل عقود المشاركات، فهو أشبه بعقود المساقاة والمزارعة، وبهذا قال الحنابلة -كما سبق-، **وهو الأظهر في تكييف هذا العقد**، ونقل ابن القيم في ذلك نصوصاً عن الإمام أحمد رحمه الله: وسأذكر أقربها للصورة محل البحث:

قال عبد الله بن أحمد: سمعت أبي سُئل عن الرجل يدفع الثوب إلى الحائك بالثلث والربع؟

فقال: "لا بأس"[(١)].

ونصَّ في رواية الأثرم وإبراهيم بن الحارث على وجه ذلك فقال: "لا بأس بدفع الثوب إلى من يعمله بالثلث والربع كالمزارعة"[(٢)].

قال ابن قدامة في سياق نقله لكلام أحمد :

"وقد أشار أحمد إلى ما يدل على تشبيهه لمثل هذا بالمزارعة، فقال: لا بأس بالثوب يُدفَع بالثلث والربع، لحديث جابر أن النبي ﷺ أعطى خيبر على الشطر[(٣)]، وهذا يدل على أنه قد صار في هذا ومثله إلى الجواز، **لشبهه بالمساقاة والمزارعة، لا إلى المضاربة، ولا إلى الإجارة**"[(٤)].

يقول ابن القيم -رحمه الله- في سياق كلامه عن هذه المسألة -وهو موضع الشاهد- : "ولو كان له على رجلٍ مالٌ فقال لرجل: اقبضه منه ولك ربعه، أو قال: إن قبضتَه منه

---

(١) مسائل عبد الله ط المكتب الإسلامي(٣٠٤)، وينظر: الجامع لعلوم الإمام أحمد ط دار الفلاح (٤٧٢/٩).

(٢) العدة في أصول الفقه ت أحمد سير مباركي (١٣٦٢/٤)، وينظر: الجامع لعلوم الإمام أحمد ط دار الفلاح (٤٧٢/٩).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه/ كتاب الإجارة/ باب إذا استأجر أرضاً فمات أحدهما برقم (٢٢٨٥) (٩٤/٣)، ومسلم في صحيحه/ كتاب المساقاة/ باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع برقم (١٥٥١) (١١٨٧/٣).

(٤) المغني ط مكتبة القاهرة (٨/٥).

فلك الربع أو الثلث فهو جائز"[١].

وقال البهوتي في شرح المنتهى[٢]: " (ويصح دفع عبد أو) دفع (دابة) أو قربة أو قدر أو آلة حرث أو نورج أو منجل ونحوه (لمن يعمل به بجزء من أجرته. و) يصح (خياطة ثوب ونسج غزل وحصاد زرع ورضاع قن واستيفاء مال ونحوه) كبناء دار وطاحون ونجر باب وطحن نحو بر (بجزء مشاع منه)؛ لأنها عين تنمى بالعمل عليها، **فصح العقد عليها ببعض نمائها كالشجر في المساقاة والأرض في المزارعة**، ولا يصح تخريجها على المضاربة بالعروض؛ لأنها إنما تكون بالتجارة والتصرف في رقبة المال، وهذا بخلافه".[٣]

ومستند من منع صحة هذه الصور ونحوها -كما سبق-: أنها من باب الإجارات لا من باب المشاركات[٤].

ثم قال ابن القيم:

"والصحيح: أن هذا ليس من باب الإجارات، بل من باب المشاركات، وقد نص أحمد على ذلك"[٥].

ولابن تيمية كلام مهم وتفصيل جميل لهذه المسألة يقول -رحمه الله-: "العمل الذي يقصد به المال ثلاثة أنواع:

أحدها: أن يكون العمل مقصوداً، مقدوراً على تسليمه، فهذه الإجارة اللازمة.

والثاني: أن يكون العمل مقصوداً لكنه مجهول أو غرر، فهذه الجعالة، وهي: عقد

---

(١) إغاثة اللهفان ط دار عالم الفوائد (٧٢٤/٢).

(٢) دقائق أولي النهى ط عالم الكتب (٢٢٨/٢).

(٣) وينظر: كشاف القناع ط دار الكتب العلمية (٥٢٥/٣)، ومطالب أولي النهى ط المكتب الإسلامي (٥٤٣/٣)، وغاية المنتهى ط مؤسسة غراس (٧٠١/١).

(٤) ينظر: المغني لابن قدامة ط مكتبة القاهرة (٩/٥)، وإغاثة اللهفان ط دار عالم الفوائد (٧٢٦/٢).

(٥) إغاثة اللهفان ط دار عالم الفوائد (٧٢٦/٢)، وينظر: المغني لابن قدامة ط مكتبة القاهرة (٩/٥).

جائز ليس بلازم، فإذا قال: من رد عبدي الآبق فله مئة فقد يقدر على رده، وقد لا يقدر، وقد يرده من مكان قريب وقد يرده من مكان بعيد؛ فلهذا لم تكن لازمة، لكن هي جائزة، فإن عمل هذا العمل استحق الجعل، وإلا فلا.

وأما النوع الثالث: فهو ما لا يقصد فيه العمل، بل المقصود المال، وهو المضاربة، فإن رب المال ليس له قصد في نفس عمل العامل كما للجاعل والمستأجر قصد في عمل العامل، ولهذا لو عمل ما عمل ولم يربح شيئاً لم يكن له شيء، وإن سمي هذا جعالة بجزء مما يحصل بالعمل كان نزاعاً لفظياً، بل هذه مشاركة، هذا بنفع ماله، وما قسم الله من الربح كان بينهما على الإشاعة، ولهذا لا يجوز أن يخص أحدهما بربح مقدر؛ لأن هذا يخرجهما عن العدل الواجب في الشركة وهذا هو الذي نهى عنه النبي ﷺ من المزارعة، فإنهم كانوا يشترطون لرب المال زرع بقعة بعينها وهو ما ينبت على الماذيانات وأقبال الجداول ونحو ذلك، فنهى النبي ﷺ عن ذلك[(١)]"[(٢)].

وقال: "المساقاة والمزارعة والمضاربة ونحوهن من المشاركات على نماء يحصل، من قال: هي إجارة بالمعنى الأعم أو العام، فقد صدق. ومن قال: هي إجارة بالمعنى الخاص فقد أخطأ. وإذا كانت إجارة بالمعنى العام التي هي الجعالة، فهنالك إن كان العوض شيئاً مضموناً من عين أو دين، فلا بد أن يكون معلوماً، وأما إن كان العوض مما يحصل من العمل جاز أن يكون جزءً شائعاً فيه، كما لو قال الأمير في الغزو: من دلنا على حصن كذا فله منه كذا، فحصول الجُعل هناك مشروط بحصول المال، مع أنه جعالة محضة لا شركة فيه، فالشركة أولى وأحرى.

ويسلك في هذا طريقة أخرى، فيقال: الذي دل عليه قياس الأصول أن الإجارة الخاصة يشترط فيها ألا يكون العوض غرراً، قياسا على الثمن. فأما الإجارة العامة التي

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه ط دار إحياء التراث/ كتاب البيوع/ باب كراء الأرض بالذهب والورق برقم (١٥٤٧) (١١٨٣/٣).

(٢) مجموع الفتاوى ط مجمع الملك فهد لطباعة المصحف باختصار يسير (٥٠٨/٢٠).

لا يشترط فيها العلم بالمنفعة فلا تشبه هذه الإجارة لما تقدم، فلا يجوز إلحاقها بها، فتبقى على الأصل المبيح.

فتحرير المسألة: أن المعتقد لكونها إجارة يستفسر عن مراده بالإجارة: فإن أراد الخاصة: لم يصح، وإن أراد العامة: فأين الدليل على تحريمها إلا بعوض معلوم؟ فإن ذكر قياساً بُيِّن له الفرق الذي لا يخفى على غير فقيه، فضلا عن الفقيه، ولن يجد إلى أمر يشمل مثل هذه الإجارة سبيلا، فإذا انتفت أدلة التحريم ثبت الحل"[١].

إذا تبين ذلك:

أدلة أصحاب القول الثاني:

فأما المالكية فيقولون بأن العقد عقد جعالة صحيح تام الأركان والشروط، ولا دليل على إخراجه إلى دائرة المنع، وقد سبق مناقشة أدلة القائلين باعتبار هذا العقد عقد جعالة فاسد، وأما الحنابلة فإنهم يستدلون بجملة من الأدلة:

الدليل الأول: حديث ابن عمر أن رسول الله ﷺ أعطى خيبر اليهود على أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها.[٢]

ووجه الدلالة منه:

أن الصورة محل البحث مشابهة لصورة دفع خيبر لليهود، فالأرض والنخل والماء كان للنبي ﷺ، واستحقوا بعملهم جزءً من الثمر كما استحقوا جزءً من الزرع، فالدين

(١) ينظر: القواعد النورانية ط دار ابن الجوزي (٢٣٨)، ومجموع الفتاوى ط مجمع الملك فهد لطباعة المصحف (٢٠/٥٠٦-٥٠٨).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ط السلطانية/ كتاب الإجارة/ باب إذا استأجر أرضاً فمات أحدهما برقم (٢٢٨٥) (٣/٩٤)، ومسلم في صحيحه ط دار إحياء التراث/ كتاب المساقاة/ باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع برقم (١٥٥١) (٣/١١٨٧).

محل المطالبة كأرض خيبر والمطالبة كالمزارعة.(١)

ونوقش هذا الدليل:

بأن النبي ﷺ نهى عن عسب الفحل وقفيز الطحان(٢).

وأجيب عنه:

بأنه قد سبق بيان ضعف الحديث، وتوجيهه على التسليم بصحته بما ليس له مَدفع.(٣)

الدليل الثاني: أن الأصل في العقود والمعاملات الحل حتى يأتي دليل على المنع منه، فعلى القول بأن هذا العقد عقدُ جعالة: فإن العوض معلومٌ، إما بالنسبة المشاعة حالاً، أو بالأيلولة إلى العلم بعدُ، وعلى القول بأنها من عقود المشاركة: فإن من وصفها وشرطها ألا يكون معلوماً بل مشاعاً، وهو كذلك في هذا العقد.

- **الترجيح:**

يظهر لي -والله اعلم- أن الراجح هو القول الثاني:

١- لقوة أدلته وسلامتها عن المعارضة.

٢- مناقشة أدلة القول الأول.

٣- عدم وجود محظور في القول بجواز هذا العقد.

---

(١) ينظر: العدة في أصول الفقه ت أحمد سير مباركي (١٣٦٢/٤)، والمغني ط مكتبة القاهرة (٨/٥). وينظر: الجامع لعلوم الإمام أحمد ط دار الفلاح (٤٧٢/٩).

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه ط مؤسسة الرسالة/ كتاب البيوع برقم (٢٩٨٥) (٤٦٨/٣)، وأخرجه من طريقه البيهقي في السنن الكبرى ط دار الكتب العلمية/ جماع أبواب الخراج بالضمان والرد بالعيوب وغير ذلك/ باب النهي عن عسب الفحل برقم (١٠٨٥٤) (٥٥٤/٥).

(٣) (ص٩-١٢).

- **سبب الخلاف:**

يظهر مما سبق أن سبب الخلاف في أمرين:

الأول: اختلافهم في تكييف العقد، فقد كيَّفه المانعون بأنه من باب الإجارة بالمعنى الخاص لا من باب المشاركات[١]، فطبقوا أحكام الإجارة على هذه العقود ونحوها فمنعوها للجهالة بالعوض كما سبق بيانه.

الثاني: اختلافهم في النسبة المشاعة هل ترفع حكم الجهالة أم لا، فمن رأى أنها تؤول إلى العلم قال بصحة العقد، ومنعها المخالفون.

(١) ينظر: المغني لابن قدامة ط مكتبة القاهرة (٩/٥)، وإغاثة اللهفان ط دار عالم الفوائد (٢/٧٢٦).

• أثر الفسخ على العقد:

من أوثق المسائل صلة بمسألة البحث ما يتعلق بأثر فسخ العقد، لذا ولأهمية هذه المسألة فقد رأيت إفرادها بالبحث، وعليه وحيث رجحت القول الثاني الذي يرى صحة العقد، ولأن فسخ العقد إنما يدرس عند من يرى صحته، فإني رأيت أن أبحث أثر الفسخ من جهة العميل إجمالاً مبيِّناً رأي من يرى الصحة، مفصلاً مذهب الحنابلة في هذه المسألة لأنه المذهب المعمول به في هذه البلاد.

أولاً: مذهب المالكية:

سبق معنا أن المالكية يرون تكييف العقد بأنه عقد جعالة[١]، وعقد الجعالة عند المالكية: عقد جائز قبل الشروع في العمل، فإذا شرع العامل في العمل لزم العقد في حق الجاعِل، وبقي على جوازه في حق المجعول له، فإن اختار الفسخ فلا شيء له[٢]، ونصوا على ذلك عند كلامهم على هذه المسألة.[٣]

وعليه فلا أثر لفسخ العميل عند المالكية، بل العقد عندهم لازم، ويلزم العميل بإكمال العقد حتى تمامه، ويستحق المحامي-المجعول له- الجُعلَ إذا تم العمل.

ثانياً: مذهب الحنابلة:

سبق معنا أن الحنابلة يرون أن هذه الصورة من عقود المشاركة[٤]، وأنه بعقد

---

(١) (ص١٥).

(٢) ينظر: شرح مختصر خليل للخرشي ط دار الفكر (٦٥/٧)، والتاج والإكليل ط دار الكتب العلمية (٦٠١/٧).

(٣) ينظر: جامع الأمهات ط اليمامة (ص٤٣٤)، وشرح مختصر خليل للخرشي ط دار الفكر (١٠/٧)، والتاج والإكليل ط دار الكتب العلمية (٥٢٠/٧).

(٤) (ص١٦).

المزارعة والمساقاة أشبه من غيره.(١)

واختلف الحنابلة في المساقاة والمزارعة من حيث اللزوم والجواز على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن العقد جائز من الطرفين قبل الشروع في العمل، وهو المذهب، وهو من مفردات مذهب الحنابلة(٢)، فإن كان الفسخ بعد الشروع في العمل فينظر: فإن كان الفسخ من رب الأرض وكانت الثمرة قد ظهرت في المساقاة، أو ظهر الزرع في المزارعة فهو بينهما، وإن كانت لم تظهر فلا شيء للعامل مما اشترطا، وله – أي العامل- أجرة المثل.

وأما إن كان الفسخ من العامل فلا شيء له ظهر الثمر أو الزرع أو لم يظهر، وهربه كفسخه.(٣)

وللوصول إلى أثر الفسخ فلا بد من التنبه لأمر هام:

وهو النظر في الحال التي يستحق بها العامل نصيبه، فيظهر من كلام الحنابلة أن عقد المزارعة أو المساقاة له مراحل: **فالمرحلة الأولى**: في شروع العامل في العمل، **والثانية**: بظهور الثمرة أو الزرع، **والثالثة**: بصلاحية الثمرة للجذاذ والزرع للحصاد.

وبناء عليه: فينظر في الحال التي يستحق المحامي به أتعابه بناء على ما أنجزه من العمل، كحال المساقاة والمزارعة، ولمَّا كانت الصور لا تنحصر، ولا يمكن صياغة قاعدة جامعة فيبقى النظر على القاضي الذي يتبنى هذا القول، والله اعلم.

---

(١) ينظر: شرح منتهى الإرادات ط عالم الكتب (٢/٢٢٨)، وكشاف القناع ط دار الكتب العلمية (٣/٥٢٥)، ومطالب أولي النهى ط المكتب الإسلامي (٣/٥٤٣)، والإنصاف مع الشرح الكبير ط دار هجر (١٤/١٣٧).

(٢) ينظر: الإنصاف مع الشرح الكبير ط دار هجر (١٤/٢٠١)، وكشاف القناع ط دار الكتب العلمية (٣/٥٣٨).

(٣) ينظر: المغني لابن قدامه ط مكتبة القاهرة ٥/٣٠٠، والإنصاف مع الشرح الكبير ط دار هجر (١٤/٢٠٣)، وينظر في فسخ المزارعة: كشاف القناع ط دار الكتب العلمية (٣/٥٤٥)، والكافي في فقه الإمام أحمد ط دار الكتب العلمية (٢/١٦٦).

القول الثاني: أنه عقد لازم للطرفين[١]، وليس لأحدهما الفسخ دون رضا الآخر، وهو اختيار ابن تيمية والقاضي من الحنابلة[٢]، وابن عثيمين[٣]، والشيخ عبد الرحمن بن حسن -حفيد الشيخ محمد بن عبد الوهاب-[٤]، وذكر أنه الذي عليه الفتوى في عهده، وقال العلامة محمد بن إبراهيم -مفتي الديار السعودية-: "وفي القول بأنها لازمة قوة، وأقوى نظراً"[٥].

وعليه فليس لواحد منهما الفسخ دون رضا الآخر، أو وجود ما يثبت به حق الفسخ، كعجز العامل أو هروبه ونحو ذلك -كما سيأتي-.

فائدة: إذا قلنا بأن العقد لازم للطرفين فهرب العامل فما الحكم؟

يقول ابن قدامه: "وإن قلنا بلزومه -يعني عقد المساقاة- رفع الأمر إلى الحاكم ليستأجر من ماله من يعمل عنه، فإن لم يكن له مال اقترض عليه، **فإن لم يجد فللمالك الفسخ**؛ لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه"[٦].

وهل يستحق العامل في هذه الحال نصيبه؟ بيَّن ابن قدامه أنه في حال اختار المالك الفسخ فله حالان:

الأول: أن يكون المالك قد اختار الفسخ قبل ظهور الثمر: فلا شيء للعامل.

الثانية: أن تكون الثمرة قد ظهرت: وفي هذه الحال: فلكل واحد منهما نصيبه.

وللمالك كذلك: إن اختار إمضاء العقد أن ينفق على الأرض، وله الرجوع بما أنفق

(١) ينظر: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ط دار هجر (١٤/٢٠٤-٢٠٥)، وعلى القول باللزوم على المذهب: فلا بد من ضرب مدة معلومة، وينظر: الشرح الممتع ط دار ابن الجوزي (٩/٤٥٣).

(٢) ينظر: الإنصاف مع الشرح الكبير ط دار هجر (١٤/٢٠٣)، ومجموع الفتاوى ط مجمع الملك فهد لطباعة المصحف (٣٠/١١٥)، والفتاوى الكبرى ط دار الكتب العلمية (٥/١٠١).

(٣) ينظر: الشرح الممتع ط دار ابن الجوزي (٩/٤٥٣).

(٤) ينظر: حاشية الروض المربع لابن قاسم (٥/٢٨١).

(٥) ينظر: فتاوى ورسائل الشيخ محمد بن إبراهيم (٨/٦٤-٦٥).

(٦) الكافي في فقه الإمام أحمد ط دار الكتب العلمية (٢/١٦٦).

على العامل إن كان ذلك بإذن الحاكم.

وكذا الحكم إن امتنع العامل عن إكمال العمل.[١]

ويدخل في هذا المحامي في الصورة محل البحث، لأنه في مقام العامل في المزارعة والمساقاة.

القول الثالث: أنه عقد لازم من جهة المالك، جائز من جهة العامل[٢]، وذكر الشيخ حمد بن معمر أنه اختيار الإمام محمد بن عبد الوهاب.[٣]

وعليه فإن الفسخ حقٌّ للعامل فقط دون المالك، فإن فسخ العامل فلا شيء له، لأنه رضي بإسقاط حقه، والحال كذلك في مسألة البحث: فإن كان الفسخ من المحامي فلا شيء له، ولا حق للعميل بالفسخ بغير رضا المحامي.

ولا حق للمالك في الفسخ، كما ذكرنا في القول الثاني.

---

(١) ينظر: الكافي في فقه الإمام أحمد ط دار الكتب العلمية (١٦٦/٢).

(٢) ينظر: الإنصاف مع الشرح الكبير ط دار هجر (٢٠٢/١٤).

(٣) ينظر: حاشية الروض المربع لابن قاسم (٢٨١/٥).

- **الخاتمة:**

وبعدُ فإني أشير إلى أبرز النتائج التي توصلت إليها:

١- أن أصحاب القول الأول منعهم من تصحيح العقد الجهل بالعِوض، مع خلافهم في تكييف العقد، فالشافعية يرونه من عقود الجعالة، والحنفية يرونه من عقود الإجارة.

٢- أن سبب الخلاف بين الفريقين راجع إلى أمرين: الأول: خلافهم في تكييفهم لهذا العقد، والسبب الثاني من أسباب الخلاف: هل الجزء المشاع يرفع الجهالة أم لا.

٣- أن الحنابلة يجعلون عقد المحاماة بنسبة مشاعة مما يحكم به عقد مشاركة، وهو المذهب، واختيار ابن تيمية وابن القيم، ويجعلونه من قبيل عقود المساقاة والمزارعة.

٤- أن من الحنابلة من يرى لزوم عقد المزارعة والمساقاة ونحوه بمجرد العقد، وعقد المحاماة على نسبة مشاعة مما يحكم به داخلٌ فيما ذكروه.

٥- أن العقد قد يلزم حتى عند القائلين بجوازه: فالمالكية يجعلونه لازماً بشروع العامل في العمل، ويجعله الحنابلة لازماً إذا ظهرت الثمرة أو ظهر الزرع، وكذا الحكم في عقد المحاماة إن كان على نسبة مشاعة مما يحكم به.

وختاماً

فإنه لا بد على المحامين وغيرهم التنبه إلى أهمية التعاقد وصيغة كل عقد، فإن لكل عقد صيغة محددة قد تشتبه بالأخرى، والالتفات إلى ذلك وإعطائه حقه من النظر يحفظ لكل واحد من المتعاقدين حقه، كما أنبِّه إلى أن بعض العقود وإن اشتملت على ما يفسدها عند بعض الفقهاء فإنه يمكن تصحيحها إذا ملك الشخص المهارة الفقهية

اللازمة لذلك، وهذا مما يشجِّع على الرجوع إلى كتب الفقهاء الأوائل والتنبه إلى ما قرروه في كتبهم.

هذا ما تيسر إيراده، والحمد لله أولاً وآخراً.
وكان الفراغ منه في صبيحة يوم الإثنين لليوم الثاني من أيام عيد الأضحى المبارك من عام أربعين وأربعمائة وألف.
وصلي اللَّهُمَّ وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.



الفهرس: